

Puissance publique et droit international

Albane GESLIN

Professeur de droit public, Sciences Po Lyon

UMR 5206 Triangle

in La puissance publique, Travaux de l'AFDA-5, coll. Colloques et débats, Lexis-Nexis, 2012, pp. 269-286.

Passé le premier moment d'euphorie suscité par ce très bel objet de recherche « Puissance publique et droit international », surgit une sensation de vertige, résultant de l'apparente immensité du sujet en contrepoint de l'étonnante absence de la notion de puissance publique. En effet, à première analyse, le sujet paraît imposer de traiter de l'ensemble du droit international, tant il semble que ce droit baigne dans la puissance publique comme dans un liquide amniotique : principalement fondé sur la volonté des États, sujets originaires du droit international, ce dernier repose sur la puissance étatique, une des composantes de la puissance publique. Il faut néanmoins faire un constat surprenant quant à la notion de « puissance » tout d'abord : contrairement au domaine des relations internationales, où la puissance est une notion clef, elle semble n'avoir, en droit international, qu'une place des plus réduites. En relations internationales l'on rencontre, en effet, des grandes puissances, une « hyperpuissance », des puissances militaires, maritimes, nucléaires, régionales, économiques... En droit international, en revanche, les ouvrages sont pour ainsi dire muets. Un rapide détour par les index des principaux manuels français de droit international public suffit pour constater qu'il n'y a pour ainsi dire aucune entrée à « puissance »¹. Le constat est identique pour ce qui est des ouvrages anglophones consultés². Ainsi, en droit international, la notion de puissance ne semble n'avoir rien à envier aux héros d'Alphonse Daudet ou de Samuel Beckett.

Les dictionnaires de droit international sont plus diserts : les dictionnaires Calvo de 1885³, Basdevant de 1960⁴ et J. Salmon de 2001⁵ disposent tous d'une entrée à « puissance », la plus complète étant celle du dictionnaire Salmon, dont l'énumération des différents sens de la « puissance » commence ainsi : « terme utilisé jadis comme synonyme d'État souverain ». La puissance serait donc devenue un terme archaïque, symbolisant probablement trop le temps où les conquêtes, les guerres d'annexion, la colonisation étaient licites. Le terme « puissance » pourrait, en outre, être considéré comme synonyme d'« État » et de « souveraineté ». Le dictionnaire poursuit cependant en évoquant un certain nombre de qualificatifs associés à la « puissance » : « administrante », « mandataire », « détentrice », « occupante », « protectrice », « alliées ». Si certains sont tombés en désuétude (puissance mandataire, puissances alliées, puissance protectrice

1 Il n'y a ainsi aucune entrée à « puissance » dans les ouvrages de P. Reuter (*Droit international public*, PUF, coll. « Thémis », 6^e éd. 1983), D. Alland (*Droit international public*, PUF, coll. « Droit fondamental », 2000), J. Combacau et S. Sur (*Droit international public*, Montchrestien, coll. « Domat Droit public », 9^e éd. 2010), P.-M. Dupuy et Y. Kerbrat (*Droit international public*, Dalloz, coll. « Précis », 10^e éd. 2010), D. Carreau (*Droit international*, Pedone, coll. « Études internationales », 5^e éd. 1997) ; une occurrence dans l'ouvrage de P. Daillier, M. Forteau et A. Pellet renvoyant à la notion de « puissance protectrice » (*Droit international public*, LGDJ, 8^e éd. 2009).

2 Voir notamment M.-N. Shaw, *International law*, Cambridge University Press, 5^e éd. 2003.

3 C. Calvo, *Dictionnaire de droit international public et privé*, t. 2, Pedone-Lauriel, 1885.

4 J. Basdevant, *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Sirey, 1960.

5 J. Salmon (ss dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, 2001.

dans le cadre des protectorats), d'autres sont toujours en vigueur. Ainsi, puissance administrante renvoie à l'administration exercée par certains États sur des territoires non autonomes⁶ ; puissance détentrice, occupante, protectrice, sont des expressions du droit des conflits armés.

Mais nulle trace de la puissance « publique ». Cela semble parfaitement cohérent si l'on retient que puissance est synonyme d'État souverain. La « puissance », en ce sens, n'a nul besoin du qualificatif « publique », car, comme cela a été démontré par Jacques Krynen⁷ au regard de l'apparition en droit interne de la notion de « puissance publique », il n'y a pas de différence entre ce qui est « public » et ce qui est « étatique ». Est-ce à dire que la souveraineté, notion centrale du droit international, monopoliserait l'espace conceptuel et absorberait, à la faire disparaître, la puissance publique ? Est-ce à dire que la puissance publique n'a rien à voir avec le droit international, ou que le droit international n'a rien à dire de la puissance publique ? Ce serait une conclusion prématurée.

Cette enquête lexicale doit, en effet, être poursuivie dans la jurisprudence internationale, dont on constate rapidement qu'elle n'est guère plus prolixe. Sans prétendre avoir fait une analyse exhaustive de cette jurisprudence (outre les arrêts et avis de la Cour internationale de justice [CIJ] et de la Cour permanente de justice internationale, il faudrait également analyser la jurisprudence arbitrale), on note que la CIJ ne se réfère, au terme des recherches menées, qu'à trois reprises à la « puissance publique ». Ainsi, en 1999, dans l'affaire de l'Île de Kasikili-Sedudu⁸, la Cour soulignait, cherchant à déterminer la souveraineté sur l'île, que « il n'est pas établi que les membres de cette tribu occupaient l'île “à titre de souverain”, c'est-à-dire y exerçaient *des attributs de la puissance publique au nom de ces autorités* »⁹. En 2005, dans l'affaire des activités armées sur le territoire du Congo¹⁰, la Cour se référa à la puissance publique afin de déterminer si certains groupes armés congolais et ougandais agissaient au nom des États¹¹. Enfin, en 2007 dans l'affaire relative à l'application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide¹², la Haute juridiction mobilisa la notion de « puissance publique » afin de rattacher les actes constitutifs de génocide imputables aux officiers de l'armée de la *Republika Srpska* à cette entité ou à la République fédérative de Yougoslavie¹³. Dans ces trois arrêts, il s'agissait d'imputer, ou non, à un État, les activités d'une entité non étatique ou para-étatique ; plus précisément, les affaires *Activités armées* et *Génocide* permettent de révéler l'un des domaines dans lesquels la notion de puissance publique joue un rôle important, à savoir celui de la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite.

Délaissions la jurisprudence internationale pour la jurisprudence interne, puisqu'une des branches du droit international, le droit international privé, est mise en œuvre par les juridictions nationales. La recherche est beaucoup plus fructueuse : la jurisprudence civile est, paradoxalement, emplie de « puissance publique ». La notion, ou ce que certains considèrent comme des synonymes, a, en effet, été très largement mobilisée par la Cour de cassation française, mais également par les

6 Au nombre de seize en 2011 selon les Nations Unies.

7 V. *supra*, *Aux origines historiques de l'idée de puissance publique*, Actes de ce colloque.

8 *Île de Kasikili-Sedudu (Botswana c/ Namibie)*, arrêt, 13 déc. 1999 : *Rec. CIJ* 1999, p. 1045 et s.

9 *Ibid.*, § 98. Italiques ajoutées.

10 *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c/ Ouganda)*, arrêt, 19 déc. 2005 : *Rec. CIJ* 2005, p. 168 et s.

11 *Ibid.*, § 160 et 213.

12 *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c/ Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, 26 févr. 2007 : *Rec. CIJ* 2007, p. 43 et s.

13 *Ibid.*, § 388 et 414.

juridictions américaines, belges, britanniques, italiennes... dans le cadre de l'immunité juridictionnelle reconnue aux États étrangers devant les tribunaux nationaux.

Ainsi, dans ces deux domaines que sont la responsabilité internationale et l'immunité juridictionnelle des États, le droit international, public d'un côté, privé de l'autre, va renvoyer explicitement à la notion de puissance publique, telle qu'entendue en droit interne. Cette notion vient alors en appui, en complément de celle de souveraineté *interne*¹⁴ ou disparaît au profit de cette dernière, l'objectif étant, dans les deux hypothèses, de limiter de plus en plus les cas dans lesquels les États, ou leurs démembrements, ne peuvent voir leur responsabilité engagée, dans l'ordre international ou transnational (I).

Doit-on en conclure que la notion de puissance publique n'appartient pas au champ du droit international, n'y a pas d'existence autonome, ne serait qu'une notion d'emprunt ? On ne peut l'affirmer. Il est, en effet, deux autres hypothèses dans lesquelles la puissance publique joue un rôle, bien que le concept ne soit pas explicitement mobilisé. D'une part, des situations, exceptionnelles, dans lesquelles le droit international reconnaît à un État la capacité d'exercer des prérogatives de puissance publique sur un territoire qui n'est pas le sien ; l'État n'exerce nullement des droits souverains, mais uniquement certains pouvoirs qui relèveraient, en temps normal, de l'État titulaire de la souveraineté sur le territoire en cause. On pourrait donc parler d'un exercice extraterritorial de la puissance publique. D'autre part, semble émerger, depuis une quinzaine d'années, ce que l'on pourrait qualifier de « puissance publique internationale » : les Nations Unies peuvent en effet être amenées, sur le fondement d'une convention internationale ou d'une résolution du Conseil de sécurité, à exercer, sur un territoire donné, des prérogatives qui, bien que ne se rattachant pas à des droits souverains – une organisation n'a pas comme attribut la souveraineté – n'en sont pas moins des prérogatives de puissance publique. Ainsi, dans ces deux hypothèses, la puissance publique est exercée dans la sphère internationale, sans prendre appui sur la souveraineté (II).

I. – Puissance publique et souveraineté : un pas de deux entre droit international et droit interne

En droit de la responsabilité des États pour fait internationalement illicite et en matière d'immunité des États devant les juridictions étrangères, le droit international renvoie ou a renvoyé explicitement à la notion de puissance publique telle qu'entendue en droit interne. Pourquoi ? Parce que la multiplication des démembrements de l'État, la multiplication des organes détachés de l'État, a nécessité de trouver des critères de rattachement de ces organes à l'État, afin que celui-ci ne puisse échapper à la responsabilité qui est la sienne en droit international. La puissance publique, et non la seule souveraineté, sera ce critère, permettant d'étendre le champ d'application du droit de la responsabilité internationale à des organes non souverains mais exerçant des prérogatives de puissance publique, dont les actes seront donc imputés, de ce fait, à l'État. De même, l'accroissement considérable des activités de l'État, notamment dans le domaine commercial, a conduit à trouver un critère visant à discriminer, parmi toutes les activités étatiques ou rattachables à l'État, celles qui devaient, par souci d'équité, échapper à l'immunité de juridiction dont bénéficie l'État devant les tribunaux étrangers. Dans ce cadre la notion de puissance publique, qui a joué un rôle jurisprudentiel important pendant plusieurs décennies, va avoir une place de plus en plus restreinte au profit du concept plus restrictif de souveraineté.

14 Sur la distinction entre « souveraineté interne » et « souveraineté internationale », V. notamment J. Combacau, *Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l'État : Pouvoirs* 1993, n° 67, p. 47-58.

Il est donc nécessaire d'analyser ces deux domaines du droit international, public et privé, de façon séparée.

A. – Le dépassement de la souveraineté par la notion de puissance publique dans le domaine de la responsabilité internationale des États

Ainsi que le soulignait le Tribunal des réclamations États-Unis/Iran, « [pour] attribuer un fait à l'État, il est nécessaire d'identifier avec une certitude raisonnable les acteurs et leur relation avec l'État »¹⁵. À cet égard, les Articles de la Commission du droit international (CDI) – organe subsidiaire de l'Assemblée générale des Nations Unies – sur la responsabilité des États pour fait internationalement illicite adoptés en deuxième lecture en 2001 sont l'instrument de référence pour cette identification. Ce texte, bien que n'ayant, en soi, aucune valeur juridique contraignante, est, en effet, considéré comme codifiant le droit international coutumier en la matière. Le chapitre IV de ces Articles de la CDI porte sur « l'attribution d'un comportement à l'État ». La notion de puissance publique n'est pas mobilisée pour définir le comportement des « organes » de l'État, l'article 4 disposant : « 1. Le comportement de tout organe de l'État est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international, que cet organe exerce des fonctions législative, exécutive, judiciaire ou autres, quelle que soit la position qu'il occupe dans l'organisation de l'État, et quelle que soit sa nature en tant qu'organe du gouvernement central ou d'une collectivité territoriale de l'État. 2. Un organe comprend toute personne ou entité qui a ce statut d'après le droit interne de l'État ».

La pratique coutumière des États permet d'identifier, généralement sans difficulté¹⁶, ce qu'est un organe de l'État ; les assemblées parlementaires, le pouvoir exécutif, les tribunaux incarnent l'État, le souverain, il n'est donc nullement nécessaire de recourir à une notion complémentaire. La notion de puissance publique sera, en revanche mobilisée lorsque le comportement en cause sera celui d'une personne ou d'une entité qui n'est pas un organe de l'État. Deux exemples suffiront à expliciter le propos. L'article 5 des Articles de la CDI précise : « [le] comportement d'une personne ou entité qui n'est pas un organe de l'État au titre de l'article 4, *mais qui est habilitée par le droit de cet État à exercer des prérogatives de puissance publique*, pour autant que, en l'espèce, cette personne ou entité agisse en cette qualité, est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international »¹⁷.

L'article 9 dispose quant à lui que « [le] comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international si cette personne ou ce groupe de personnes *exerce en fait des prérogatives de puissance publique en cas d'absence ou de carence des autorités officielles* et dans des circonstances qui requièrent l'exercice de ces prérogatives »¹⁸.

Plus précisément, l'article 5 renvoie, par exemple, aux compagnies de sécurité privées qui peuvent être amenées à exercer les fonctions de gardiens de prison, donc certaines prérogatives de puissance publique comme le pouvoir disciplinaire en application d'un règlement pénitentiaire ; sont également visées les compagnies aériennes privées qui peuvent avoir des compétences en matière de contrôle de l'immigration. L'article 9 renvoie quant à lui à des circonstances exceptionnelles (révolution, conflit armé...) dans lesquelles les autorités régulières sont temporairement inopérantes et leurs fonctions prises en charge, *de facto*, par des personnes n'ayant pas la qualité d'organe de

15 *Yeager c/ Islamic Republic of Iran* (1987), 17 Iran-USCTR 92, p. 101-102.

16 Sauf cas exceptionnels d'États faillis ou déliquescents.

17 Italiques ajoutées.

18 Italiques ajoutées.

l'État ; les actes adoptés seront néanmoins imputés à l'État dans la mesure où ils traduiront l'exercice de prérogatives de puissance publique¹⁹.

Il faut alors souligner un élément important. La Commission du droit international s'est explicitement refusée à définir la notion de puissance publique. Ainsi que le souligne le commentaire de l'article 5, « [passé] un certain point, ce qui est considéré comme “public” relève de chaque société, de son histoire, de ses traditions »²⁰. Le renvoi au droit interne est pour le moins explicite ; l'application du critère de la puissance publique relèvera donc d'une analyse concrète, au cas par cas.

On le constate, en droit de la responsabilité internationale de l'État, la notion de puissance publique vient en complément de la notion de souveraineté pour imputer à l'État des actes et comportements qui, organiquement, ne lui seraient pas attribuables ; elle vient donc accroître les hypothèses dans lesquelles des violations du droit international engageront la responsabilité de l'État. Dans le cadre des immunités juridictionnelles des États, l'objectif est le même – réduire les cas de non justiciabilité – mais l'usage de la notion de puissance publique diffère radicalement.

B. – Le retrait progressif de la référence à la « puissance publique » au profit de la « souveraineté » en droit des immunités juridictionnelles²¹ des États et de leurs émanations

Le texte de référence en la matière est la Convention des Nations Unies du 2 décembre 2004 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens. Elle rappelle un principe bien établi du droit international selon lequel, sauf exception, « [un] État jouit, pour lui-même et pour ses biens, de l'immunité de juridiction devant les tribunaux d'un autre État »²².

Cette convention de codification²³, non encore en vigueur – et qui ne le sera probablement pas avant plusieurs années encore²⁴ – a également été élaborée par la Commission du droit international, qui a travaillé de 1977 à 1991, avant que le projet ne soit repris par un Comité de travail *ad hoc* mis en place par l'Assemblée générale des Nations Unies en 2000.

Il est intéressant, bien que troublant, de noter que la Convention de 2004 sur les immunités juridictionnelles diffère des Articles de la CDI de 2001 sur la responsabilité pour fait internationalement illicite quant à la définition qu'elle retient de l'État. En effet, alors que la CDI, en 2001, adopte une conception large de l'État et des actes qui lui sont imputables, y incluant toutes les entités exerçant, *de jure* ou *de facto*, des prérogatives de puissance publique, la Convention de 2004 adopte une approche beaucoup plus restreinte. L'article 2, § 1 dispose en effet : « aux fins

19 Ainsi que le précise le commentaire de la CDI, l'article 9 ne vise pas le gouvernement général de fait ; les dispositions de cet article supposent un gouvernement officiel et un appareil d'État dont les irréguliers prennent la place (*Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, vol. 2, 2^e partie, A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 [Part. 2], p. 51).

20 *Ibid.*, p. 45.

21 Expression renvoyant à la fois aux immunités de juridiction et d'exécution.

22 Art. 5.

23 Pour un commentaire détaillé de cette Convention, V. G. Hafner et L. Lange, *La Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et leurs biens* : *AFDI* 2004, vol. 50, p. 45-76. Il s'agit d'un commentaire pour le moins bien informé, étant donné que G. Hafner a dirigé les travaux du Comité spécial ayant établi le texte de la Convention. – V. également D.-P. Stewart, *The UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property* : *AJIL* 2005-1, vol. 99, p. 194-210.

24 La loi d'autorisation de ratification française a été promulguée le 28 juin 2011 (L. n° 2011-734) : *JO* 29 juin 2011, p. 10953 et s. Cette Convention, qui, au 9 septembre 2011, faisait l'objet de vingt-huit signatures et de douze ratifications, « entrera en vigueur le trentième jour suivant la date de dépôt du trentième instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion » (art. 30, § 1).

de la présente convention : (...) b) Le terme « État » désigne : i) L'État et ses divers organes de gouvernement ; ii) Les composantes d'un État fédéral ou les subdivisions politiques de l'État, qui sont habilitées à accomplir des actes *dans l'exercice de l'autorité souveraine* et agissent à ce titre ; iii) Les établissements ou organismes d'État ou autres entités, dès lors qu'ils sont habilités à accomplir et accomplissent effectivement des actes *dans l'exercice de l'autorité souveraine* de l'État ; iv) Les représentants de l'État agissant à ce titre ».

La notion de puissance publique n'apparaît pas, alors même qu'elle est centrale dans les Articles de la CDI de 2001 . Quelle cohérence y a-t-il à retenir deux définitions différentes de l'État en droit international ? La réponse se trouve dans les travaux préparatoires de la Convention. Jusqu'en 2000, en effet, l'article 2 du projet d'articles de la CDI ne faisait pas référence à « l'exercice de l'autorité souveraine », mais à l'exercice de « prérogatives de puissance publique ». Le basculement aura lieu en 2000, lorsque l'Assemblée générale des Nations Unies va constituer un groupe de travail visant à poursuivre les travaux de la CDI (laquelle avait rendu son projet d'articles en 1991). Un basculement qui tient à la fois à des questions de forme, notamment de traduction, et à des questions de fond.

Quant à la forme tout d'abord. La CDI a, apparemment, très largement travaillé en français, et des débats se sont fait jour autour de la traduction de l'expression « prérogatives de puissance publique ». Ainsi que la Commission le souligne, « [elle] a longuement discuté de la question de savoir s'il fallait employer dans le texte anglais l'expression *sovereign authority* ou *governmental authority*, et elle est arrivée à la conclusion que *sovereign authority* semblait être, dans le cas présent, l'équivalent le plus proche de “prérogatives de la puissance publique”. Certains membres, en revanche, ont fait valoir qu'en droit international l'expression *sovereign authority* était associée normalement à la personnalité internationale de l'État, laquelle n'était pas en cause dans l'alinéa en question. À leur avis donc, l'expression française “la puissance publique” était mieux rendue en anglais par *governmental authority* »²⁵.

La CDI rappelait par ailleurs que la notion de prérogatives de puissance publique était celle retenue par elle-même quelques années plus tôt, dans le projet d'articles sur la responsabilité des États²⁶. La cohérence appelait donc une terminologie commune.

À partir de 2000 – certains représentants des délégations étatiques le souligneront lors des débats pour le regretter – les travaux du Comité spécial reprennent en anglais. La version française sera élaborée ultérieurement et la « puissance publique » de l'article 2, initialement traduite par *sovereign authority*, deviendra, par le jeu d'une nouvelle translation « autorité souveraine », faisant ainsi accroire que « puissance publique » et « autorité souveraine » sont des expressions synonymes. Cependant, ainsi que l'a démontré Arnaud Haquet²⁷, souveraineté et puissance publique ne sont pas synonymes, pas plus en droit international qu'en droit interne²⁸.

25 CDI, *Rapport sur les travaux de la 43^e session*, 1991, A/46/10, p. 16.

26 « On a noté à cet égard que les termes *government* ou *government authority* étaient utilisés dans le texte anglais de la première partie du projet d'articles sur la responsabilité des États et que la Commission avait estimé à ce sujet que ces termes traduisaient correctement l'expression “prérogatives de la puissance publique” utilisée dans le texte français du projet d'articles. On a donc proposé de traduire cette expression par les termes anglais *governmental authority* ou *State authority* » (*ibid.*, p. 16, note 36).

27 V. *supra*, *La puissance publique entre droit constitutionnel et droit administratif*, Actes de ce colloque.

28 Il n'en demeure pas moins que certains États considèrent comme synonymes « acte de souveraineté », « exercice de la puissance publique » et *acta jure imperii* (V. les observations de l'Allemagne sur le projet d'articles : « les tribunaux ne peuvent pas connaître des actes accomplis par une telle entité [infraétatique] *dans l'exercice de la puissance publique (acta jure imperii)* » (italiques ajoutées), *Rapport du Secrétaire général des Nations Unies*, A/53/274/Add.1, 14 sept. 1998, p. 2. – V. également les observations du Liban : « Selon le projet d'articles, l'État libanais englobe ses

Cette quasi-disparition de la notion de puissance publique²⁹ dans la Convention de 2004 a toutefois d'autres motifs. Pour les comprendre, il faut revenir à l'objectif de la reconnaissance des immunités juridictionnelles aux États devant les tribunaux étrangers, à savoir le respect de la souveraineté des États étrangers. Certains actes de l'État, parce qu'ils expriment, voire symbolisent la souveraineté étatique, échappent à la juridiction des tribunaux étrangers (en application du principe *par in parem non habet imperium*).

Pendant de nombreux siècles, le principe a été celui d'une immunité absolue des États. Ainsi la Cour de cassation française affirmait, dans un arrêt du 22 janvier 1849, « que l'indépendance réciproque des États est l'un des principes les plus universellement reconnus du droit des gens ; (...) de ce principe, il résulte qu'un Gouvernement ne peut être soumis, pour les engagements qu'il contracte, à la juridiction d'un État étranger ; qu'en effet le droit de juridiction qui appartient à chaque Gouvernement pour juger les différends nés à l'occasion des actes émanés de lui est un droit *inhérent à son autorité souveraine* qu'un État ne saurait s'attribuer, sans s'exposer à altérer leurs rapports respectifs »³⁰.

Toutefois, à partir de la fin du XIX^e siècle, la multiplication des activités de l'État, notamment le développement de ses activités commerciales, a rendu nécessaire la restriction du champ des immunités. À la demande des États eux-mêmes, car l'immunité devenait un obstacle en raison du fait que les partenaires commerciaux étrangers hésitaient à s'engager faute de recours juridictionnel possible. Les États ont donc progressivement renoncé à leurs immunités juridictionnelles dans le cadre des activités commerciales transnationales, cette évolution étant notable, entre autres, dans la jurisprudence interne³¹. Ainsi, dans un premier temps, la Cour de cassation française a restreint le champ des immunités en distinguant les actes *de jure imperii* – manifestant la souveraineté de l'État étranger, donc bénéficiant de l'immunité – des actes *de jure gestionis* – n'en bénéficiant pas³². Dans un deuxième temps, la Cour a circonscrit davantage le domaine des immunités, en retenant un double critère : « les États étrangers et les organismes agissant par leur ordre et pour leur compte ne bénéficient de l'immunité de juridiction qu'autant que l'acte qui donne lieu au litige constitue *un acte de puissance publique ou a été accompli dans l'intérêt du service public* ; d'où il suit qu'après

divers organismes politiques et administratifs et ses institutions publiques *dans la mesure où ils accomplissent des actes de souveraineté, c'est-à-dire où ils exercent les prérogatives de la puissance publique* » (italiques ajoutées), *Rapport du Secrétaire général des Nations Unies*, 19 août 1999, A/54/266, p. 2.

29 Quasi-disparition et non disparition totale car l'article 11 de la Convention renvoie, en effet, à la notion de puissance publique (traduction de *governmental authority*) : « 1. À moins que les États concernés n'en conviennent autrement, un État ne peut invoquer l'immunité de juridiction devant un tribunal d'un autre État, compétent en l'espèce, dans une procédure se rapportant à un contrat de travail entre l'État et une personne physique pour un travail accompli ou devant être accompli, en totalité ou en partie, sur le territoire de cet autre État. 2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas : a) Si l'employé a été engagé *pour s'acquitter de fonctions particulières dans l'exercice de la puissance publique* » (italiques ajoutées). Sont ici envisagés les engagements par lesquels sont recrutés des personnes exerçant des fonctions sensibles en terme de sécurité ou de droits fondamentaux des États (interprètes, agents du chiffre, secrétaires privés des diplomates). L'expression « exercice de l'autorité souveraine » n'était, dans ce contexte, absolument pas envisageable, en ce qu'un État, par le biais de ses agents, ne doit, sauf autorisation expresse, pas exercer des droits souverains en territoire étranger.

30 Cass., 22 janv. 1849, *Gouvernement espagnol* : DP 1849, 1, p. 5 (italiques ajoutées).

31 L'on peut également se reporter aux travaux de l'Institut de droit international (IDI) dont les résolutions portant sur l'immunité de juridiction et d'exécution des États étrangers, de la fin du XIX^e siècle au début du XXI^e siècle, marquent cette évolution. – V. notamment, *Projet de règlement international sur la compétence des tribunaux dans les procès contre les États, souverains et chefs d'État étrangers*, Session de Hambourg, 1891 ; *L'immunité de juridiction et d'exécution forcées des États étrangers*, Session d'Aix-en-Provence, 1954 ; *Les aspects récents de l'immunité de juridiction et d'exécution des États*, Session de Bâle, 1991 ; *Résolution sur l'immunité de juridiction de l'État et de ses agents en cas de crimes internationaux*, Session de Naples, 2009 (disponibles en ligne : www.idi-iiil.org).

32 V. notamment Cass., 19 févr. 1929, *URSS c/ Assoc. France export* : DP 1929, 1, p. 73, note Savatier.

avoir justement énoncé que cette immunité est *fondée sur la nature de l'activité* et non sur la qualité de celui qui l'exerce, la cour d'appel a (...) justifié sa décision »³³.

À partir de 2003, la Cour de cassation, poursuivant ce processus de limitation des hypothèses dans lesquelles un État peut bénéficier de l'immunité, ne retient plus qu'un seul critère. Dans un arrêt du 20 juin 2003, elle affirme, en effet, que, « les États étrangers et les organismes qui en constituent l'émanation ne bénéficient de l'immunité de juridiction qu'autant que l'acte qui donne lieu au litige participe, par sa nature ou sa finalité, à *l'exercice de la souveraineté de ces États* et n'est donc pas un acte de gestion »³⁴.

Cet arrêt fut confirmé quelques mois plus tard par la chambre criminelle de la Cour de cassation, dans le cadre d'une des affaires relatives au naufrage de l'Erika, *Agent judiciaire du Trésor contre Malta Maritime Authority et Carmel* : « la coutume internationale s'oppose à la poursuite des États devant les juridictions pénales d'un État étranger (...). [Cette règle] s'étend aux organes et entités qui constituent une émanation de l'État, ainsi qu'à leurs agents en raison des *actes relevant de la souveraineté* de l'État concerné »³⁵.

La Cour européenne des droits de l'homme s'inscrit dans une rhétorique comparable, affirmant que « l'octroi de l'immunité souveraine à un État dans une procédure civile poursuit le but légitime d'observer le droit international afin de favoriser la courtoisie et les bonnes relations entre États grâce au *respect de la souveraineté* d'un autre État »³⁶.

Cette référence, de la jurisprudence et des textes conventionnels aux « actes relevant de la souveraineté », permet de réduire le champ des immunités ; si tout acte relevant de la souveraineté est, en effet, un acte de puissance publique, tout acte de puissance publique n'est pas nécessairement un acte de souveraineté³⁷.

De cette jurisprudence, l'on peut déduire que les médiatiques *fonds souverains* ne devraient, malgré leur dénomination, bénéficier d'aucune immunité de juridiction que ce soit. En effet, bien que ces fonds soient possédés ou contrôlés par des gouvernements nationaux et qu'ils gèrent des fonds publics³⁸, ce sont des fonds d'investissement (dans les secteurs de l'automobile, des semi-conducteurs, de l'aéronautique, de l'énergie, des infrastructures...) qui, parfois, prennent la forme

33 Cass. 1^{re} civ., 25 févr. 1969, *Sté Levant Express Transport c/ Chemins de fer du gouvernement iranien* : JDI 1969, note Kahn, p. 923 (italiques ajoutées).

34 Cass. ch. mixte, 20 juin 2003, *M^{me} Naira X c/ École saoudienne de Paris et Royaume d'Arabie Saoudite* (italiques ajoutées), suivi de l'avis du Premier avocat général et du rapport du Conseiller rapporteur : Bull. inf. C. cass. 1^{er} oct. 2003, n° 584. L'on notera que le Premier avocat général se réfère aux travaux de la Commission du droit international et du Comité spécial sur les immunités des États. – V. également N. Maziau, J. Cazala, N. Jambon et M. Maunoury, *Jurisprudence française relative au droit international (année 2003)* : AFDI 2004, vol. 50, p. 899-900. L'on soulignera, sans développer ici toutefois, que le critère alternatif de la « nature » ou de la « finalité » de l'acte suscite controverse, en ce que « tout acte de l'État peut, en dernière analyse, être considéré comme poursuivant un but de souveraineté et donc d'être susceptible d'être couvert par l'immunité » (I. Pingel, note ss Cass. ch. mixte, 20 juin 2003, *M^{me} Naira X c/ École saoudienne de Paris et Royaume d'Arabie Saoudite* : RGDI publ. 2003, p. 1007).

35 Cass. crim., 23 nov. 2004, *Agent judiciaire du Trésor c/ Malta Maritime Authority et Carmel* : Bull. crim. 2004, n° 292, p. 1096 (italiques ajoutées). – V. N. Maziau, J. Cazala, N. Jambon et M. Maunoury, *Jurisprudence française relative au droit international (année 2004)* : AFDI 2005, vol. 51, p. 795-796.

36 CEDH, Gde ch., 21 nov. 2001, req. n° 35763/97, *Al-Adsani c/ Royaume-Uni*, § 54 (italiques ajoutées). *Obiter dictum* repris dans les affaires *Fogarty* (CEDH, Gde ch., 21 nov. 2001, req. n° 37112/97, *Fogarty c/ Royaume-Uni*, § 34) et *McElhinney* (CEDH, Gde ch., 21 nov. 2001, req. n° 31253/96, *McElhinney c/ Irlande*, § 35).

37 Ainsi, les sociétés publiques locales bénéficiant de prérogatives de puissance publique n'accomplissent pas d'actes de souveraineté.

38 Leurs ressources proviennent de l'accumulation d'excédents de la balance courante.

juridique de sociétés. Ils n'exercent donc pas des « actes de souveraineté », quand bien même ils investiraient dans des secteurs hautement stratégiques sur le plan géopolitique³⁹.

Demeure cependant un domaine dans lequel la reconnaissance de l'immunité juridictionnelle des États pour des actes de souveraineté soulève des débats aussi bien juridiques qu'éthiques. Étonnamment, en effet, alors que l'objectif est de limiter l'impunité des États, ce que l'on pourrait qualifier d'abus de souveraineté, ou d'abus de puissance publique, ne permet pas, en France, de lever l'immunité juridictionnelle des États. Que pourrait-on qualifier d'abus de puissance publique ? Le terrorisme, la torture, le génocide, les crimes contre l'humanité... de façon générale, la commission, en tant que politique d'État, de crimes internationaux, la violation de certaines normes impératives du droit international général (normes de *jus cogens*). Dans ces hypothèses, la souveraineté, dernier rempart des immunités juridictionnelles des États et de leurs démembrements, ne cède pas devant la gravité des actes commis.

Cela a été confirmé par la Cour de cassation française qui, le 9 mars 2011, affirmait dans l'affaire *GIE La Réunion contre Jamahiriya Arabe Libyenne populaire et socialiste* que « la nature criminelle d'un acte de terrorisme ne permet pas, à elle seule, d'écarter une prérogative de souveraineté »⁴⁰. Alors qu'était discutée au Conseil de sécurité des Nations Unies la possibilité d'une intervention armée contre la Libye, cette décision semblait pour le moins maladroite. Doit-on en conclure que le recours à de tels actes serait considéré par la Cour comme relevant du pouvoir souverain des États et qu'ils bénéficient, à ce seul titre, de l'immunité de juridiction ? L'argumentaire de la Cour est beaucoup plus subtil. Elle souligne en effet que « les États étrangers et les organisations qui en constituent l'émanation ne bénéficient de l'immunité de juridiction, immunité relative et non absolue, qu'autant que l'acte qui donne lieu au litige ou qui leur est imputé à faute participe, par sa nature et sa finalité, à l'exercice de la souveraineté de ces États et n'est donc pas un acte de gestion ; qu'en l'espèce, *il est reproché à la Jamahiriya non pas d'avoir commis les actes de terrorisme incriminés mais de ne les avoir ni réprimés ni désavoués, ou même de les avoir soutenus* »⁴¹.

Cette décision vient confirmer une jurisprudence antérieure bien établie. Dans l'affaire *Bucheron contre RFA*, la Cour considère que les actes dont avaient été victimes les personnes soumises au service du travail obligatoire imposé par le III^e Reich au cours de la Seconde Guerre mondiale « avaient été accomplis à titre de puissance publique occupante par le troisième Reich, dont la République fédérale d'Allemagne est successeur, et qu'en l'absence de traité auquel la France

39 V. notamment A. Demarolle et H. Johanet, *Rapport sur les fonds souverains*, Ministère de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi, mai 2008, 34 p. – V. également L. Catá Backer, *The Private Law of Public Law : Public Authorities as Shareholders, Golden Shares, Sovereign Wealth Funds, and the Public Law Element in Private Choice of Law* : *Tulane Law Review* 2008, vol. 82, n° 1 (disponible en ligne : <http://ssrn.com/abstract=1135798>).

40 Cass. 1^{re} civ., 9 mars 2011, arrêt n° 247, n° 09-14.743, *GIE La Réunion c/ Jamahiriya Arabe Libyenne populaire et socialiste* : *JCP G* 28 mars 2011, n° 13, act. 334, note E. Cornut. Était ici en cause l'attentat commis le 19 septembre 1989 contre un DC 10 de la compagnie UTA ayant explosé au-dessus du désert du Ténéré causant la mort de 170 personnes. La Cour d'assises de Paris avait condamné, le 10 mars 1999, par contumace, plusieurs ressortissants libyens à la réclusion criminelle à perpétuité. La Cour de cassation avait cependant conclu à l'irrecevabilité des poursuites contre le Colonel Kadhafi, au nom de l'immunité de juridiction pénale dont bénéficient les chefs d'État étrangers (Cass. crim., 13 mars 2001, n° 00-87.215 : *Bull. crim.* 2001, n° 64) ; elle affirma à cette occasion que « le crime dénoncé [de terrorisme], quel qu'en soit la gravité, ne relève pas des exceptions au principe de l'immunité des chefs d'État étrangers en exercice ».

41 Italiques ajoutées. L'on notera que si le financement du terrorisme est constitutif d'acte de terrorisme aux termes du Code pénal français, ce n'est toutefois que depuis la loi du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne (*JO* 16 nov. 2001, p. 18215-18229).

est partie, ils n'étaient pas de nature à faire échec au principe de l'immunité juridictionnelle de la RFA selon la pratique judiciaire française »⁴².

Si les tribunaux américains adoptent une position comparable⁴³, tel n'est pas le cas de la *Corte suprema di Cassazione* italienne. Par deux arrêts pour le moins audacieux et très discutables, elle a écarté l'immunité de juridiction et d'exécution de l'État allemand, se fondant principalement sur le respect du *jus cogens*⁴⁴. Étaient ici en cause certains actes commis par l'armée allemande en Italie après le ralliement de celle-ci aux Alliés (massacres, déportation, travaux forcés...). Dans l'arrêt *Ferrini* de 2004, la Cour déclare qu'« il ne peut pas y avoir de doute que l'antinomie [entre la règle de l'immunité et l'interdiction des crimes internationaux] doive être résolue par la primauté des normes de rang plus élevé »⁴⁵. Ce disant, la Cour se fait créatrice de droit, dépassant ainsi sa mission, en ce qu'elle considère que du statut juridique des normes de *jus cogens* – leur impérativité – découle logiquement l'exclusion de l'immunité juridictionnelle des États étrangers⁴⁶, ce que rien, en droit international, ne permet d'affirmer.

Alors que les représentants des États ne bénéficient plus de l'immunité de juridiction pénale pour les crimes internationaux, pouvant être attirés devant des juridictions pénales internationales⁴⁷, ne pourrait-on envisager que soit levée l'immunité de l'État poursuivi *au civil* devant des juridictions étrangères ? Pour l'heure, le droit international n'a pas fait ce pas ; tout au plus l'Institut de droit international proposait-il dans une résolution récente que les États envisagent « de lever l'immunité de leurs agents lorsqu'ils sont soupçonnés ou accusés d'avoir commis des crimes internationaux »⁴⁸. L'article IV de la résolution mettait en revanche clairement en évidence l'absence d'évolution du droit des immunités des États en ce domaine : « Dans une affaire civile mettant en cause le crime international commis par l'agent d'un État, les dispositions qui précèdent ne préjugent pas de l'existence et des conditions d'application de l'immunité de juridiction dont cet État peut le cas échéant se prévaloir devant les tribunaux d'un autre État »⁴⁹.

Observant le problème sous un angle différent, ne pourrait-on pas appliquer au droit des immunités des États étrangers la théorie française de la voie de fait ? Un usage abusif de la puissance publique – la commission d'un crime international – ne pourrait-il être considéré comme susceptible de faire choir le privilège de juridiction dont bénéficie l'État étranger (à savoir être jugé par ses propres tribunaux), donc, que puisse être, pour ce qui nous concerne, levée l'immunité juridictionnelle ? La question demeure ouverte.

42 Cass. 1^{re} civ., 16 déc. 2003, *Bucheron c/ RFA* : *RGDI publ.* 2004, p. 259-262, note F. Poirat.

43 V. notamment Tribunal du district sud de New York, 19 déc. 2008, n° 06 Civ. 1637 (RJS), *Freund c/ France, SNCF et Caisse des dépôts et consignations*.

44 Corte suprema di cassazione, Sez. un., 11 mars 2004, Sentenza n° 5044, *Ferrini c/ Repubblica federale di Germania*. – Corte suprema di cassazione, Sez. un., 29 mai 2008, n° 14199, *Repubblica Federale di Germania c/ Amministrazione regionale della Vojotia*. Pour un commentaire de ces décisions, V. notamment A. Bianchi, in *AJIL* 2005-1, vol. 99, p. 242-247. – S. El Boudouhi, *La motivation de la jurisprudence récente de la Corte suprema di cassazione italienne sur les immunités juridictionnelles de l'État* : *RGDI publ.* 2010-4, p. 747-778. Ces affaires ont généré un différend entre l'Allemagne et l'Italie, dont a été saisie la Cour internationale de justice le 23 décembre 2008.

45 § 9, cité par S. El Boudouhi, *ibid.*, p. 767, note 57.

46 V. S. El Boudouhi, *ibid.*, p. 772. – C. Tomuschat, *L'immunité des États en cas de violations graves des droits de l'homme* : *RGDI publ.* 2005, p. 51-74.

47 L'on rappellera qu'en droit international, la responsabilité pénale de l'État n'existe pas.

48 Institut de droit international, *Résolution sur l'immunité de juridiction de l'État et de ses agents en cas de crimes internationaux*, Session de Naples, 2009, art. II, § 3.

49 *Ibid.*

Si le droit de la responsabilité internationale et le droit des immunités des États s'articulent explicitement autour de la puissance publique, d'autres domaines du droit international ne sont pas étrangers à cette notion, mais de façon plus implicite et sans référence aucune au concept de souveraineté.

II. – La mise en œuvre internationale de la puissance publique : puissance publique sans souveraineté

Deux hypothèses seront envisagées dans les lignes qui suivent ; très différentes l'une de l'autre, elles ont comme point commun le fait que l'exercice de la puissance publique est totalement découplé de celui de la souveraineté : soit qu'un État exerce des prérogatives de puissance publique de manière extraterritoriale ; soit qu'une organisation internationale se trouve amenée à mettre en œuvre de telles prérogatives, en lieu et place d'un État notamment.

A. – L'exercice extraterritorial de la puissance publique étatique

Il est un principe bien établi en droit international selon lequel un État ne peut, sans heurter la souveraineté d'un autre, exercer des prérogatives de puissance publique sur le territoire de celui-ci sans son consentement. Ce serait une atteinte aux principes d'intégrité territoriale et de souveraineté de l'État⁵⁰. Cependant, il est des hypothèses où le droit international reconnaît, tout en l'encadrant strictement, la possibilité (et non pas le droit), voire l'obligation, pour un État d'exercer de telles prérogatives en territoire étranger.

Ne seront pas évoqués ici les cas dans lesquels ces prérogatives s'exercent avec l'accord de l'État étranger, tel le stationnement pacifique des forces armées d'un État à l'étranger, sur le fondement d'accords bilatéraux, ou l'extraterritorialité dont bénéficient les ambassades et consulats. La situation qui sera envisagée est celle de la « puissance occupante », dans le cadre d'un conflit armé.

L'occupation est définie à l'article 42 du Règlement de La Haye de 1907⁵¹, aux termes duquel, « [un] territoire est considéré comme occupé lorsqu'il se trouve placé *de fait* sous l'autorité de l'armée ennemie. L'occupation ne s'étend qu'aux territoires où cette autorité est établie et en mesure de s'exercer »⁵².

La Cour internationale de justice a eu l'occasion à deux reprises, de se prononcer sur le statut de puissance occupante et de préciser le régime juridique de l'occupation, dans des contextes très différents ; d'une part dans le cadre d'un avis consultatif du 8 juillet 2004, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*⁵³, d'autre part, dans l'arrêt précité du 19 décembre 2005, *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c/ Ouganda)*⁵⁴.

Ainsi que le souligne N. Haupais, « [les] critères de l'occupation sont classiquement le caractère inamical, mais pas nécessairement illicite, de la présence sur le territoire d'un État ennemi

50 V. notamment la résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale portant Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies, 24 oct. 1970.

51 Convention IV concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe : Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, La Haye, 18 oct. 1907.

52 Italiques ajoutées.

53 *Rec. CIJ* 2004, p. 136 et s.

54 V. *supra*, note 10.

d'une armée étrangère, l'exclusion de l'autorité normalement légitime, la substitution d'une autorité occupante »⁵⁵. Partant, l'occupation n'est pas qu'un simple fait : elle déclenche l'application d'un régime juridique précis, relevant du droit international humanitaire⁵⁶. La puissance occupante exerce une autorité territoriale *de facto*, se substituant à celle de l'État dont le territoire est occupé. Le régime juridique de l'occupation permet ainsi d'éviter tout vide juridique et « renvoie à la crainte de l'anarchie en raison du défaut d'autorité effective »⁵⁷. L'occupation est, pour l'essentiel, un régime protecteur des populations civiles qui résident sur le territoire occupé. La puissance occupante a notamment pour obligations d'assurer l'approvisionnement de la population en médicaments et nourriture, de ne pas l'exposer aux combats⁵⁸, et doit, de façon générale, respecter les droits fondamentaux de la personne. L'objectif visé par ce régime d'occupation est, entre autres et principalement, d'éviter toute solution de continuité quant à l'application des conventions relatives aux droits de l'homme. La Cour internationale de justice, dans l'avis consultatif de 2004, souligne à cet égard que le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 est « applicable aux actes d'un État agissant dans l'exercice de sa compétence en dehors de son propre territoire »⁵⁹.

Il ne s'agit donc nullement de l'exercice de droits souverains par la puissance occupante. La souveraineté territoriale demeure celle de l'État occupé et doit être préservée. À cet égard, l'article 43 du règlement de La Haye de 1907 impose à la puissance occupante de respecter « sauf nécessité absolue, les lois en vigueur dans le pays » ; elle ne peut donc pas y substituer ses propres lois, ni modifier les institutions en place⁶⁰. Elle ne peut, en outre, pas mettre en œuvre une politique de colonisation des territoires occupés⁶¹, ainsi que l'ont souligné non seulement le Comité international de la Croix Rouge⁶², mais également la Cour internationale de justice dans son avis consultatif relatif au *Mur israélien*. Le tracé du mur a, en effet, conduit à de nombreuses expropriations de Palestiniens, destructions de leurs habitations, commerces et exploitations agricoles et a considérablement limité leur liberté de déplacement, au nom de la sécurité israélienne.

55 N. Haupais, *Les obligations de la puissance occupante au regard de la jurisprudence et de la pratique récente : RGDI publ.* 2007-1, p. 119.

56 À cet égard, le régime juridique de l'occupation établi en 1907 a été complété par les Conventions de Genève de 1949, le Protocole I de 1977, et quelques conventions spéciales (telle la Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé du 14 mai 1954), venant renforcer les obligations de la puissance occupante et la protection de populations et biens civils.

57 N. Haupais, *op. cit.*, p. 120.

58 L'article 49 de la Convention IV de Genève interdit les déportations et transferts forcés de populations, mais autorise la puissance occupante à « procéder à l'évacuation totale ou partielle d'une région occupée déterminée, si la sécurité de la population ou d'impérieuses raisons militaires l'exigent ». Il poursuit en précisant que « [la] population ainsi évacuée sera ramenée dans ses foyers aussitôt que les hostilités dans ce secteur auront pris fin ».

59 *Op. cit.*, § 111. Ceci fut confirmé par la Cour dans l'arrêt de 2005 sur les *Activités armées en territoire du Congo* (*op. cit.*, § 216).

60 Ce qui a soulevé de nombreux débats quant à l'applicabilité et au respect du régime d'occupation en Irak après l'intervention de la coalition américano-britannique en 2003. Ne pouvant ici développer ce point, l'on renverra à quelques références doctrinales en la matière : D.-J. Scheffer, *Beyond occupation law : AJIL* 2003-4, n° 97, p. 842 et s. – M. Starita, *L'occupation de l'Irak, le Conseil de sécurité, le droit de la guerre et le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes : RGDI publ.* 2004-4, p. 883-916. – K. Dörmann et L. Colassis, *International Humanitarian Law in the Irak Conflict : GYBIL* 2004, p. 293-342. – S. Wheatley, *The Security Council, Democratic Legitimacy and Regime Change in Iraq : EJIL* 2006, p. 531-551.

61 Règl. La Haye 1907, art. 46 : « L'honneur et les droits de la famille, la vie des individus et la propriété privée, ainsi que les convictions religieuses et l'exercice des cultes, doivent être respectés. La propriété privée ne peut pas être confisquée ».

62 « [Les] colonies de peuplement installées dans les territoires occupés sont incompatibles avec les articles 27 et 49 de la IV^e Convention de Genève », XXIV^e conférence internationale de la Croix-Rouge, 1981, rés. III, § 419, cité par J.-M. Henckaerts et L. Doswald-Beck, *Droit international humanitaire coutumier, vol. I : Règles*, Bruylant, 2006, p. 609.

Toutefois, ainsi que le constate la Cour internationale de justice, après analyse des diverses Conventions de Genève et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques,

« [le] mur tel que tracé et le régime qui lui est associé portent atteinte de manière grave à de nombreux droits des Palestiniens habitant dans le territoire occupé par Israël sans que les atteintes résultant de ce tracé puissent être justifiées par des impératifs militaires ou des nécessités de sécurité nationale ou d'ordre public. La construction d'un tel mur constitue dès lors une violation par Israël de diverses obligations qui lui incombent en vertu des instruments applicables de droit international humanitaire et des droits de l'homme »⁶³.

Ainsi l'on constate que l'État puissance occupante n'exerce sur le territoire en cause que des compétences finalisées, devant assurer la protection de la population locale, par la mise en œuvre de sa puissance publique, mais qu'en aucun cas il n'exerce sa souveraineté sur le territoire⁶⁴. Tel est également le cas dans l'hypothèse de l'administration directe d'un territoire par les Nations Unies.

B. – L'émergence d'une puissance publique internationale⁶⁵

Si les Nations Unies ne sont pas un « super État »⁶⁶, en ce qu'elles ne sont pas une entité souveraine, il semblerait toutefois qu'elles disposent de « super prérogatives de puissance publique », compétences mises en œuvre, pourrait-on dire, paraphrasant en cela J. Rivero, au nom d'un intérêt général international (voire mondial), et devant lesquelles les intérêts particuliers des États devraient céder.

La première de ces prérogatives, qui ne sera qu'évoquée, est la prérogative dont dispose le Conseil de sécurité, à savoir le recours à la force armée. Il n'a, cependant, nulle autonomie dans la mise en œuvre de cette force, puisqu'il doit déléguer aux États ou aux organisations internationales le soin d'intervenir en son nom⁶⁷, l'article 43 de la Charte des Nations Unies⁶⁸ n'ayant jamais été appliqué, les Nations Unies ne disposant donc pas d'armée. Qu'est-ce, alors, qu'une prérogative de puissance publique sans autonomie de la puissance ?

Au-delà de ce « monopole de la contrainte armée légitime », le Conseil de sécurité développe, depuis quelques décennies, un pouvoir normatif quasi-législatif, parfois difficilement justifiable. Dans un premier temps, il a institué, sans soulever de véritables controverses, sur le fondement du

63 *Op. cit.*, § 137.

64 Une analyse comparable, *mutatis mutandis*, pourrait être faite au regard du régime juridique opposable aux puissances mandataires (dans le cadre de la Société des Nations) et aux puissances administrantes de territoires non autonomes (au titre de la Charte des Nations Unies).

65 Le propos sera limité aux seules Nations Unies ; mais pourrait être utilement menée l'étude de la pratique de l'Union européenne, notamment en matière de reconstruction de l'État.

66 *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, avis consultatif, 11 avr. 1949 : *Rec. CIJ* 1949, p. 179.

67 Sur le fondement des chapitres VII et VIII de la Charte.

68 « 1. Tous les Membres des Nations Unies, afin de contribuer au maintien de la paix et de la sécurité internationales, s'engagent à mettre à la disposition du Conseil de sécurité, sur son invitation et conformément à un accord spécial ou à des accords spéciaux, les forces armées, l'assistance et les facilités, y compris le droit de passage, nécessaires au maintien de la paix et de la sécurité internationales. 2. L'accord ou les accords susvisés fixeront les effectifs et la nature de ces forces, leur degré de préparation et leur emplacement général, ainsi que la nature des facilités et de l'assistance à fournir. 3. L'accord ou les accords seront négociés aussitôt que possible, sur l'initiative du Conseil de sécurité. Ils seront conclus entre le Conseil de sécurité et des Membres de l'Organisation, ou entre le Conseil de sécurité et des groupes de Membres de l'Organisation, et devront être ratifiés par les États signataires selon leurs règles constitutionnelles respectives »

chapitre VII de la Charte, deux tribunaux pénaux internationaux *ad hoc*, l'un pour l'ex-Yougoslavie⁶⁹, le second pour le Rwanda⁷⁰, dont la création fut contestée lors des premiers procès ; les requérants mettaient, en effet, en cause la compétence des tribunaux au motif de l'incompétence du Conseil⁷¹. Les deux principaux arguments avancés, pour ce qui nous intéresse ici, étaient d'une part que la création d'un tribunal pénal n'entraînait pas dans la liste de l'article 41 de la Charte⁷² et, d'autre part, qu'un tribunal doit être « établi par la loi » ainsi que le précisent diverses conventions relatives aux droits de l'homme. Le premier moyen a aisément été écarté par les juges, au motif que l'article 41 n'établit pas une liste exhaustive des moyens à la disposition du Conseil et que la création du « Tribunal international correspond parfaitement à la description à l'article 41 des “mesures n'impliquant pas l'emploi de la force armée” »⁷³. Le second argument a nécessité de plus amples analyses de la part des juges : une résolution du Conseil de sécurité équivaut-elle à une « loi » ? Le Conseil peut-il être qualifié d'organe législatif ? La chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie constate dans un premier temps que, « [il] n'existe pas (...) d'organe législatif dans l'acception technique du terme dans le système des Nations Unies (...). Cela signifie qu'il n'existe pas d'organe officiellement habilité à promulguer des lois ayant un effet contraignant direct sur des sujets juridiques internationaux »⁷⁴.

Elle poursuit en postulant que l'expression « établi par la loi » puisse être interprétée comme visant, « la création de tribunaux internationaux par un organe qui, bien que n'étant pas un Parlement, est néanmoins doté du pouvoir limité de prendre des décisions contraignantes. À notre avis, le Conseil de sécurité est l'un de ces organes quand, agissant au titre du chapitre VII de la Charte des Nations Unies, il prend des décisions contraignantes en vertu de l'article 25 de la Charte »⁷⁵.

La compétence du Conseil de sécurité dans l'exercice de cette prérogative a donc été reconnue. Plus discutable est, en revanche, l'adoption de résolutions à caractère quasi-législatif.

69 Rés. 808 (1993), 22 févr. 1993.

70 Rés. 955 (1994), 8 nov. 1994.

71 V. TPIY, ch. 1^{re} inst., 10 août 1995, aff. IT-94-1-T, *Procureur c/ Duško Tadić alias « Dule »*, décision relative à l'exception préjudicielle d'incompétence soulevée par la défense. – TPIY, ch. appel, 2 oct. 1995, *Procureur c/ Duško Tadić alias « Dule »*, arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence. – TPIR, ch. 1^{re} inst., 18 juin 1997, aff. ICTR-96-15-T, *Procureur c/ Joseph Kanyabashi*, décision sur l'exception d'incompétence soulevée par la défense.

72 « Le Conseil de sécurité peut décider quelles mesures n'impliquant pas l'emploi de la force armée doivent être prises pour donner effet à ses décisions, et peut inviter les Membres des Nations Unies à appliquer ces mesures. Celles-ci peuvent comprendre l'interruption complète ou partielle des relations économiques et des communications ferroviaires, maritimes, aériennes, postales, télégraphiques, radioélectriques et des autres moyens de communication, ainsi que la rupture des relations diplomatiques ».

73 TPIY, *Procureur c/ Duško Tadić alias « Dule »*, arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, *op. cit.*, § 34.

74 *Ibid.*, § 43.

75 *Ibid.*, § 44. La chambre d'appel considère également – mais cela sort de notre champ d'analyse – que l'expression « établi par la loi » signifie que la création du tribunal doit être conforme à la règle de droit : « Cela semble être l'interprétation la plus raisonnable et la plus probable de l'expression dans le contexte du droit international. Pour qu'un tribunal comme celui-ci soit créé conformément à la règle de droit, il doit être établi conformément aux normes internationales appropriées ; il doit offrir toutes les garanties d'équité, de justice et d'impartialité, en toute conformité avec les instruments internationalement reconnus relatifs aux droits de l'homme. (...) Le point important pour déterminer si un tribunal a été “établi par la loi” (...) est qu'il soit établi par un organe compétent dans le respect des procédures juridiques pertinentes et qu'il observe les exigences de l'équité procédurale » (§ 45). Et de conclure : « la chambre d'appel est d'avis que le Tribunal international a été établi conformément aux procédures appropriées dans le cadre de la Charte des Nations Unies et offre toutes les garanties nécessaires à un procès équitable. Il a, par conséquent, été “établi par la loi” » (§ 47).

Ainsi, alors que les Nations Unies travaillent depuis plus de quinze ans à l'élaboration d'une convention générale sur le terrorisme, et que les travaux achoppent faute d'un consensus autour de la définition même du terrorisme, le Conseil de sécurité a adopté la résolution 1566 (2004)⁷⁶, sur le fondement du chapitre VII de la Charte, donc une *décision*, dont le paragraphe 3 pose une définition du terrorisme ; sont ainsi qualifiés de terroristes : « les actes criminels, notamment ceux dirigés contre des civils dans l'intention de causer la mort ou des blessures graves ou la prise d'otages dans le but de semer la terreur parmi la population, un groupe de personnes ou chez des particuliers, d'intimider une population ou de contraindre un gouvernement ou une organisation internationale à accomplir un acte ou à s'abstenir de le faire ».

Cette résolution est intéressante à plusieurs titres ; elle fait, en effet, référence aux différentes conventions relatives au terrorisme, précisant « les actes criminels (...) *visés et érigés en infractions dans les conventions* et protocoles internationaux relatifs au terrorisme »⁷⁷ ; or, aucune convention internationale à portée universelle de lutte contre le terrorisme ne contient de définition de celui-ci⁷⁸ ; en d'autres termes, le Conseil de sécurité va implicitement demander aux États parties d'interpréter ces conventions à la lumière de sa propre définition. Il va plus loin encore, en demandant (mais une demande sur le fondement du chapitre VII de la Charte est une exigence) aux États de prévenir ces actes ou de les réprimer, en d'autres termes d'inclure dans leur droit pénal le crime de terrorisme tel que défini. Le Conseil va ainsi encadrer l'exercice de la puissance publique étatique.

Une telle résolution, à laquelle on peut adjoindre les résolutions 1540 (2004) et 1810 (2008) relatives à la non-prolifération des armes de destruction massive adoptées dans une logique comparable, soulève la question de l'articulation entre l'ordre juridique international – essentiellement fondé sur le consentement des États – et l'ordre juridique des Nations Unies – reposant sur la Charte et le droit dérivé, constitué d'actes unilatéraux⁷⁹. Le Conseil de sécurité est-il compétent pour créer du droit international général ou s'est-il octroyé des prérogatives exorbitantes du droit commun⁸⁰ ?

Hors de ce cadre particulier que sont les résolutions à portée normative du Conseil de sécurité, l'on constate que se développent, au sein de l'Organisation, des compétences nouvelles, les Nations Unies pouvant devenir puissance administrante d'un territoire au sortir d'un conflit. Tel fut le cas au Kosovo et au Timor Oriental. Si les contextes, tant politiques que juridiques sont très différents, la

76 Rés. 1566 (2004), 8 oct. 2004, *Menaces à la paix et à la sécurité internationales résultant d'actes terroristes*.

77 Italiques ajoutées.

78 Seules deux conventions, régionales, retiennent une définition : la Convention arabe pour la lutte contre le terrorisme du 22 avril 1998 et la Convention de l'Organisation de Unité africaine sur la prévention et la lutte contre le terrorisme du 14 juillet 1999.

79 V. notamment A.-T. Norodom, *Typologie des résolutions de l'ONU créatrices de droit international général*, Quatrième conférence biannuelle de la Société européenne de droit international, 2-4 sept. 2010 (disponible en ligne : www.esil-en.law.cam.ac.uk).

80 Sur ce point, V. notamment J. Tercinet, *Le pouvoir normatif du Conseil de sécurité : le Conseil de sécurité peut-il légiférer ?* : *RBDI* 2004, p. 528-551. – C. Denis, *Le pouvoir normatif du Conseil de sécurité des Nations Unies : portée et limites*, Bruylant, 2004, 408 p. – L.-M. Hinojosa Martinez, *The Legislative Role of the Security Council in its Fight Against Terrorism : Legal, Political and Practical Limits* : *ICLQ* 2008, vol. 57, p. 333-359.

forme adoptée par, et les pouvoirs conférés à ce que l'on qualifiera d'« administration intérimaire » ou « transitoire », sont comparables.

Sans entrer dans les détails précis de chacune de ces situations, il s'avère néanmoins nécessaire d'en rappeler brièvement les principales données factuelles. Au sortir du conflit qui opposa l'ex-République fédérale de Yougoslavie (actuelle Serbie) à l'OTAN entre mai et juin 1999, le Conseil de sécurité décida, sur le fondement du chapitre VII de la Charte, d'instaurer sur le territoire de la province du Kosovo « une administration intérimaire (...) qui assurera[it] une administration transitoire de même que la mise en place et la supervision des institutions d'auto-administration démocratiques provisoires »⁸¹. Fut ainsi instituée la Mission intérimaire des Nations Unies au Kosovo (MINUK)⁸². Les compétences de cette présence civile furent fixées par la résolution 1244 (1999), dont le paragraphe 11 dispose qu'elle devra⁸³ : « a) Faciliter, en attendant un règlement définitif, l'instauration au Kosovo d'une autonomie et d'une auto-administration substantielles (...); b) Exercer les fonctions d'administration civile de base là où cela sera nécessaire et tant qu'il y aura lieu de le faire; c) Organiser et superviser la mise en place d'institutions provisoires pour une auto-administration autonome et démocratique en attendant un règlement politique, notamment la tenue d'élections; d) Transférer ses responsabilités administratives aux institutions susvisées, à mesure qu'elles auront été mises en place (...); e) Faciliter un processus politique visant à déterminer le statut futur du Kosovo (...); f) À un stade final, superviser le transfert des pouvoirs des institutions provisoires du Kosovo aux institutions qui auront été établies dans le cadre d'un règlement politique; g) Faciliter la reconstruction des infrastructures essentielles et le relèvement de l'économie (...); i) Maintenir l'ordre public, notamment en mettant en place des forces de police locales (...) ». Tout en rappelant « l'attachement de tous les États Membres à la souveraineté et à l'intégrité territoriale de la République fédérale de Yougoslavie »⁸⁴.

Au Timor oriental, la situation est quelque peu différente. Cette ancienne colonie portugaise avait été envahie par l'Indonésie en décembre 1975, puis annexée à son territoire en 1978. Après la chute du régime de Soeharto, l'Indonésie annonça la mise en place d'un référendum d'autodétermination et fut conclu, en mai 1999, sous l'égide des Nations Unies, un accord entre l'Indonésie et le Portugal⁸⁵, prévoyant la consultation de la population sur un projet de cadre constitutionnel relatif à l'autonomie du Timor oriental. Dans l'hypothèse où la population aurait rejeté ce projet, un processus d'indépendance devait être engagé, assuré par l'ONU. Le 30 août 1999, 78,5 % des votants rejetèrent le statut d'autonomie et le 25 octobre suivant, le Conseil de sécurité adopta la résolution 1272 (1999) créant une Administration transitoire des Nations Unies au Timor oriental (ATNUTO)⁸⁶.

Dans ces deux cas, l'intégralité des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire a été confiée à l'administration intérimaire onusienne. Ainsi, la section 1.1 du Règlement n° 1999/1 de la MINUK prévoyait que «[t]ous les pouvoirs législatif et exécutif afférents au Kosovo, y compris

81 Rés. 1244 (1999), 10 juin 1999, § 10. Cette résolution est toujours en vigueur malgré la proclamation d'indépendance du Kosovo en 2008.

82 V. notamment E. Lagrange, *La Mission intérimaire des Nations Unies au Kosovo, nouvel essai d'administration directe d'un territoire* : *AFDI* 1999, p. 335-370.

83 Malgré la proclamation d'indépendance du Kosovo, la MINUK est toujours en fonction.

84 Préambule de la résolution 1244 (1999).

85 Cet État était considéré, juridiquement, comme étant, depuis 1975, puissance administrante de cette partie de l'île, l'annexion n'ayant jamais été reconnue par les Nations Unies.

86 Pour une analyse détaillée de ce processus, V. notamment G. Cahin, *L'action internationale au Timor oriental* : *AFDI* 2000, p. 139-175.

l'administration de l'ordre judiciaire, s[eraie]nt conférés à la MINUK et exercés par le représentant spécial du Secrétaire général ». De même, le paragraphe 6 de la résolution 1272 (1999) conférait à l'administrateur transitoire du Timor oriental le pouvoir de « promulguer des lois et réglementations nouvelles, (...) modifier, suspendre ou abroger les lois et réglementations en vigueur ». Cette substitution totale de l'administration onusienne aux autorités étatiques au Timor s'expliquait aisément par le fait qu'à l'issue du référendum, l'administration indonésienne avait disparu du territoire. Pour le Kosovo en revanche, il s'agissait d'une volonté délibérée de la communauté internationale d'exclure tout le système politique et juridique yougoslave, autoritaire et discriminatoire (tout en maintenant, de droit sinon de fait, la souveraineté yougoslave sur le territoire).

Au Kosovo, fut ensuite institué par le représentant spécial du Secrétaire général des Nations Unies un « cadre constitutionnel »⁸⁷, mettant en place les « institutions provisoires d'administration autonome »⁸⁸, auxquelles a été reconnu un certain nombre de compétences, sous l'autorité, plus exactement la tutelle⁸⁹, du représentant spécial. L'on notera que la République fédérale de Yougoslavie, bien que toujours souveraine sur ce territoire, n'est nullement visée par cette « constitution », qui n'envisage que les rapports entre la MINUK et les institutions provisoires... La situation était différente au Timor, où l'ATNUTO n'a pas exercé de « pouvoir constituant » ; elle a assuré le passage progressif de tous les pouvoirs aux représentants du peuple timorais⁹⁰, et la mise en place d'une Assemblée constituante élue chargée d'élaborer une constitution pour le Timor oriental⁹¹.

On le constate, les Nations Unies, dans leur mission de (re)construction de l'État⁹² et de rétablissement de la paix, peuvent exercer des compétences qui vont bien au-delà du maintien de l'ordre et de la sécurité, ce qui n'est pas sans soulever quelques difficultés quant à la détermination de la nature juridique des actes adoptés par ces administrations transitoires. Est-ce du droit international – du fait de la nature de leur auteur, représentant des Nations Unies – ou du droit interne – à raison de son objet et de son but, mettre en place une administration locale de type étatique ? La Cour internationale de justice fut confrontée à cette question lorsqu'elle fut saisie par l'Assemblée générale des Nations Unies de la *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*. La Cour a, mais non sans vacillations, considéré que le « cadre constitutionnel » adopté par le représentant spécial « tient sa force obligatoire du

87 MINUK, Règl. n° 2001/9, 15 mai 2001.

88 Une Assemblée provinciale, un président du Kosovo, un gouvernement et des cours de justice, notamment la Cour suprême du Kosovo.

89 Ainsi, les lois votées par l'Assemblée sont promulguées par le représentant spécial et non par le président du Kosovo.

90 Mise en place en 1999 d'un Conseil consultatif national, puis en 2000, instauration d'un Conseil national, d'un Cabinet du gouvernement transitoire (initialement composé à parité d'Est-timorais et de hauts responsables de l'ATNUTO, le nombre de portefeuilles ministériels s'accroissant par la suite au profit des Timorais), d'une Commission judiciaire transitoire, d'une Commission de la fonction publique et d'une Autorité budgétaire centrale.

91 Sur les enjeux de l'internationalisation du pouvoir constituant, V. N. Maziau, *L'internationalisation du pouvoir constituant. Essai de typologie : le point de vue hétérodoxe du constitutionnaliste* : RGDI publ. 2002-3, p. 549-579.

92 Timor Lorosa'e est devenu indépendant le 20 mai 2002 et fut admis aux Nations Unies le 27 septembre de cette même année. Bien que le Kosovo n'ait pas, à ce jour, été officiellement reconnu comme un État souverain et indépendant par les Nations Unies (il est néanmoins membre du FMI et de la Banque mondiale depuis juin 2009), une grande majorité des États l'a reconnu et la Cour internationale de justice, sans prendre partie sur ce point, a toutefois affirmé que la déclaration unilatérale d'indépendance proclamée par le Kosovo en février 2008 n'était pas contraire au droit international (*Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*, avis consultatif, 22 juill. 2010, www.icj-cij.org ; pour une analyse de cet avis, V. notamment A. Geslin et G. Le Floch, *Chronique de jurisprudence de la Cour internationale de justice (2010-2011)* : JDI 2011-4, p. 1119-1133. – M. Dubuy, *Chronique de jurisprudence internationale* : RGDI publ. 2010-4, p. 869-886).

caractère contraignant de la résolution 1244 (1999) et, partant, du droit international. En ce sens, il revêt donc un caractère juridique international »⁹³. Posant cette affirmation, elle poursuit néanmoins, et fort paradoxalement, en notant qu'a ainsi été institué un « ordre juridique spécifique, créé en vertu de la résolution 1244 (1999) (...) destiné à régler (...) des questions qui relèvent habituellement du droit interne plutôt que du droit international »⁹⁴, soutenant, quelques lignes plus loin que « ce cadre constitutionnel constitue (...) un des rouages de cet ordre juridique spécifique (...) applicable au seul Kosovo »⁹⁵. Il s'agirait donc d'un acte de droit international ne produisant d'effets qu'au seul niveau local.

Ainsi, par le déploiement récent de leurs prérogatives de puissance publique, les Nations Unies n'ouvrent-elles pas un nouveau champ, celui d'un droit constitutionnel et administratif international ?

93 *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*, avis consultatif, 22 juill. 2010, § 88.

94 *Op. cit.*, § 89.

95 *Ibid.*